



論文『行政組織と行政訴訟』の概要

小林博志

本論文は、行政法学で十分に吟味されていない行政組織法の諸道具概念とくに「行政庁」概念を検討するものであるが、以下の二編の構成をとっている。すなわち、第一編「行政組織法と『行政庁』概念」では、「行政庁」概念を中心とした行政官庁理論、執行機関など行政機関の種別論を、行政作用法と行政組織法との関係で分析、検討している。そして、第二編「行政訴訟法と『行政庁』概念」では、行政訴訟法上の訴訟の被告、当事者能力、被告適格という問題に照らして、「行政庁」概念を検討している。これらの問題は、行政法学でほとんど検討されていないものである。第三編では、論文集のまとめをしている。

第一編は、第一章「ドイツ法と『行政庁』概念の展開」、第二章「日本法と『行政庁』概念の展開」、第三章「警察行政と組織法・行政官庁理論」の3章で構成されている。

第一章の「ドイツ法と『行政庁』概念の展開」では、ドイツの学説、判例を素材に、ドイツ行政法学における行政組織法と「行政庁」概念の展開を考察する。

ドイツ行政法学では、1960年代まで、行政組織法や「行政庁」概念について、ほとんど研究されてこなかった。その理由は、一つには、オット・マイヤーが組織法を国法学の領域に追いやったこと、二つには、組織法が国民の権利に影響をほとんど与えないと考えられていたこと、である。それで、O・マイヤーがそれをした根拠を問い、そして、O・マイヤー以後の学説を検討する。O・マイヤーは、組織法が実質的法律ではないとして排除したのであるが、この実質的法律と形式的法律の区別論や内部・外部峻別論が組織法や組織法の諸概念の研究を遅らせる原因であった。これに対して、E・カウフマンやA・ヘーネルが批判を加えたが、組織法研究の本格的な見直しは、H・J・ヴォルフ、E・W・ベッケンフェルデやH・H・ルップなど現代の行政法学者によって行われることになる。とくに、組織法に関する最近の学説によれば、組織法は単純なものではなく、個別的に性格づける考え方が主流であるが、行政訴訟との関係で新たな外部・内部峻別論も提起されている。

また、「行政庁」概念について、判例は「機関」概念を基礎にこれを展開してきたが、O・マイヤーは、様々な理由により「機関」概念を基礎に「行政庁」概念を展開しなかった。しかし、今日では、H・J・ヴォルフに代表されるように、「機関」概念を基礎に「行政庁」概念を展開するのが一般的である。とはいえ、「機関」概念が意思行為を念頭においていたことから、E・フォルストホフは、「機関」概念では現代行政を代表する事実行為は把握できないとして、制度 Institution 概念に基づいて「行政庁」概念を展開する。これに対して、H・J・ヴォルフは、事実行為を包摂するように「機関」概念を処理する。

さらに、ドイツ行政法学では、「行政庁」概念それ自体について、多義性が確認されている。す

なわち、一般的に、行政組織法上の「行政庁」概念、行政訴訟法上の「行政庁」概念、憲法上の「行政庁」概念の3つが確認されている。

第二章の「日本法と『行政庁』概念の展開」では、わが国の行政法学における「行政庁」概念を中心とする「行政官庁理論」を歴史的に検討し、現在「行政官庁理論」や「行政庁」概念に提起されている問題を再検討する。

戦前の学説として、美濃部達吉博士の行政組織法の体系を素材に「行政官庁理論」を検討する。法律関係を意思の関係と捉えることから、行政機関の中でも、意思機関である「行政庁」が中心となり、また、意思を統一するために指揮監督権が官庁に認められることになる。省と行政官庁との関係も問題となるが、美濃部博士は官庁である大臣を省の長官として位置づけて一定の解決を与えていた。また、美濃部博士は行政機関の力を権限で把握するが、博士は、この権限を一般権限と特殊権限に区別し、前者をいわゆる事務の範囲とし、後者を具体的行為とりわけ国家意思の決定権と考えていた。また、美濃部博士は、「行政官庁は、人民に対し国家意思を決定表示する権限を有する」として、官庁の行為を単に意思行為としており、行政行為はもちろん私法行為さらには省令の制定まで官庁の行為として把握していた。ただし、美濃部博士は、行政裁判法における行政庁の行為を一部事実行為を含めて行政行為に限定していたが、これは、黙示的に行政官庁概念を行政組織法上の行政官庁と行政裁判法上のそれに区別するものである。また、博士は事実行為についても権限の規制を認めていた

美濃部博士は、指揮監督権を天皇大権を前提として認めていたのであり、天皇大権がなくなる戦後において、美濃部博士の認めた指揮監督権の内容をそのまま認めることができるか問題となる。また、戦前においては、行政事務の執行は大臣ではなくその下級官庁が行っていた。そのために、指揮監督権が認められる必要性があり、そこに上級下級の官庁が存在していた。また、主管官庁や主務官庁という概念も、許認可の職権取消や監督官庁にとって重要であった。

現在、「行政官庁理論」や「行政庁」概念に対して提起されている意見や批判については、以上考察した美濃部達吉博士の体系を念頭におくと、妥当でないものもある。一つは、国家行政組織法が採用した行政機関と「行政庁」概念は一致しないというものである。しかし、美濃部博士は大臣を長官として処理しており、この点で一致していたし、また、一般権限と特殊権限の区別によって国家行政組織法の権限を説明できるのであり、美濃部流の権限の区別論を放棄した学説に問題がある。「行政庁」概念は行政行為を念頭におくので、現代行政に対応できないという批判も、私法行為や立法行為などを包摂する美濃部博士の体系からすれば妥当ではない。さらに、美濃部博士が認めていたように、行政組織法上の行政庁と行政訴訟上の行政庁は区別すべきである。

ただ、現代行政の特徴である「行政主体・行政機関の多層化」「行政手段の多様化」に対応するように、「行政官庁理論」を再構成する必要がある。前者は複数の主管官庁や専門的官庁と一般的

官庁の協力関係をさし、後者は、主務官庁ないし主管官庁が一定の行政目的を達成するため、私法行為、権力的行為あるいは事実行為を使用することいわゆる権限の融合の問題である。後者の点で、官庁の行為を権力行為に限定しない美濃部博士の考え方は有効であるが、ドイツの H・J・ヴォルフの見解は参考となり、日本でも現在こうした構成は求められているといえる。

第三章「警察行政と組織法・行政官庁理論」では、警察行政を素材にして、警察法という組織法とくに2条の「警察の責務」が警察行政に対する法的根拠となるかどうかという問題、及び執行機関と呼ばれる警察官の意義を検討する。前二章が総論的な考察とすれば、本章は各論的な考察と位置づけられる。

最初に、戦前における警察行政を検討する。まず、学説が警察法規に対して組織法と作用法という区別をしていたかどうか、が問題となる。この点、美濃部博士は、官制の権限を一般的権限として個別法の権限と区別していた。また、明治8年に制定された行政警察規則には、「警察の職務」規定があり、これは今日の警察法の「責務規定」とほぼ同じようなものと位置づけられる。しかし、この行政警察規則を、織田萬博士は法的根拠としては〈漠然〉であるとして〈心得〉として位置づけ、佐々木惣一博士や柳瀬良幹博士も組織法として位置づけ、これだけでは警察の法的根拠とならないとしていた。こうした解釈は、戦後の田中二郎博士や杉村章三郎博士にも見られる。ただし、警察実務は、学説に反して行政警察規則を戸口調査や不審尋問の法的根拠としており、こうした慣行は戦後において行政警察規則が廃止されるまで続く。

ところで、戦前の警察組織は、大体、内務大臣―府県知事―警察署長の3層構造であり、ほとんどの警察事務は警察署長ないし警察署を中心になされていた。行政法学上、通常警察署長は行政官庁として及びその命令を受ける警部、警部補及び巡査の警察官は執行機関として位置づけられる。学説を詳細にみると、警察官を第一次的に補助機関として位置づけ、さらに執行機関として位置づけるもの（佐々木惣一、渡辺宗太郎）があり、これは警察官を執行機関とする美濃部達吉博士とは異なる。また、学説において、執行機関とくに警察執行機関の総論と各論との定義が異なる。総論では、行政官庁との関係でその意思または命令を執行するという定義が一般的であり、各論では、警察機関は実力を行使するという定義であった。後者は、戦前では、行政官庁である警察署長が行政執行法など実定法上各種の措置をとることが一般的であったため、行政官庁の命令が抜けたと考えられる。この点、判例で、巡査の権限行使が問題となり、大審院は、当初緊急のためとはいえ、巡査の署長権限の包括的代理は認められないとしていたが、美濃部博士などは即時強制などの緊急性を考慮して、包括的代理を認めるべきと主張し、後に大審院もこの主張を承認する。

戦後、占領政策により、民主化政策は警察行政にも及ぶ。警察の地方分権や公安委員会による管理が導入される。GHQは、戦前の警察が多くの行政権限を有していたことから、警察から一

般行政権限を放棄させ組織上も一般行政組織から分離し、司法警察に重点をおく英米的な警察を目標とした。これらは、警察法や警察官職務執行法の制定によりなされる。しかし、占領が終了した後、1954年の警察法の改正などにより、警察行政の民主化政策は後退する。

戦後、警察行政で問題となったのは、作用法である警察官職務執行法に規定されていない警察官による補導、説得、交通検問などの行為である。最近までの警察実務は、警察法2条の「警察の責務」を一般的法的根拠としてこれを認めていた。この解釈に対して、行政法学説においては、戦後直後の須貝脩一博士の警察法を組織法とする厳格な解釈などに代表されるように、警察実務を容認する解釈は少数説であった。ところが、自動車の一斉検問に関する最高裁昭和55年9月22日決定が出ることによって、警察法の責務規定を根拠とみなす説が増えてくる。さらには、芝池義一教授のような、組織法と作用方との区別を相対化する学説や、藤田宙靖教授のような、警察法を組織法とすることは困難であるという説が登場してくる。警察法を組織法とみなして警察責務規定の法的根拠性を否定する学説は少数説となったようである。ただし、現在の警察実務は、責務規定を根拠とする説を捨て侵害留保説をとっている。

警察行政の法的根拠に関する学説の混迷の原因は、私見によれば、一つは、戦後学説が戦前の学説を踏まえていないこと、二つには、組織法の意味に了解性がないこと、三つには、旧警察法の立法趣旨が踏まえられていないこと、である。とくに、組織法にも、国家行政組織法のように、国という行政組織全体に関わるものと、厚生省設置法のように一つの行政機関にかかわるものと、警察法のように、都道府県警察と国家警察との関係や警察職員の上下関係に関わる組織法は、区別しなければならない。また、作用法と組織法は、立法過程を念頭におけば、その区別を相対化することはできない。

警察の民主化政策により、警察組織は一般行政組織から分離され、また、公安委員会という管理組織が加わった。また、警察官職務執行法は、行政執行法と異なり、警察官に職務権限を与えた。これは英米型の警察組織であるといわれる。ところで、今日の行政法学説は、警察行政を行政庁や執行機関で捉える。確かに、警察行政に関する法律をみると、公安委員会は一般的な行政権限を増大化してきたし、警察署長も道路交通法の改正に現れているように、権限を増してきた。しかし、警察官を執行機関と呼ぶにしても、戦後改革による法令執行機関という点からすれば、「行政官庁理論」を前提にした執行機関とはいえないと思われる。さらに、道路交通法においては、警察署長と公安委員会も行政庁であり、こうしたことによって、警察行政に「行政官庁理論」をストレートに適用することは困難といえる。

第二編は、第一章「行政訴訟の被告と『行政庁』概念——行政訴訟の当事者能力・被告適格を中心として——」、第二章「プロイセンにおける行政訴訟の被告と『行政庁』概念」、第三章「ヴァイマール以後の行政訴訟の被告と行政庁の当事者能力について」、第四章「西ドイツにおける行

政訴訟の正当な被告」、第五章「抗告訴訟における正当な被告と訴状の訂正、被告の変更、釈明」の5章で構成される。

第一章「行政訴訟の被告と『行政庁』概念——行政訴訟の当事者能力・被告適格を中心として——」では、抗告訴訟における被告や行政庁の当事者能力などをわが国の学説を中心として検討する。

最初に、抗告訴訟の被告を行政庁とする制度に関する問題点を析出する。まず、被告を行政庁とする根拠について学説を整理すると、①被告を誰にするのかは立法政策の問題であるとする説、②首長の処分が国の事務か自治体の事務か判定困難な場合があるので、団体よりも行政庁を被告とするのが便宜であるとする説、③訴訟物が民事訴訟と抗告訴訟とで異なる、又は民事訴訟と抗告訴訟とでは国の権限が異なるという理由により、民事訴訟と抗告訴訟の性質の違いから、抗告訴訟の被告を行政庁とする説、④抗告訴訟では、行政庁の処分の効力が争われているので、訴訟上の攻撃防御の点から、団体よりも行政庁を被告とするのが望ましいとする説、の4つがあるが、これらの存在根拠は学説において検討されたことはない。また、被告である行政庁は当事者能力を持つことになるが、学説において、行政庁の当事者能力の意味も検討されたことはない。この問題は被告に関わる主観的予備的請求の問題とも関連する。また、それぞれの抗告訴訟において、処分に関わる行政機関の中で行政庁を特定することが困難な場合もある。正当な被告の問題であるが、この問題に関わる原告の責任や被告の変更の制度、釈明との関係も、学説上検討されているが、不十分なままである。

次に、こうした問題点の中から、正当な被告の問題を除いて、行政庁を被告とする制度の根拠や行政庁の当事者能力を検討するため、わが国の学説、判例を検討する。

これらの問題に関する戦前の学説は、大きく分けて、①美濃部達吉博士の説、②機関人格説、③佐々木惣一博士の説、の3つに分けられるが、これらの学説は行政庁の当事者とは民事訴訟の当事者とは異なる「独立的形式的当事者説」であることで一致していた。美濃部達吉博士は、民事訴訟が権利を争う訴訟であるから権利主体が当事者となるが、行政訴訟においては権利の対立はなく、当事者はただ弁論の相手方として主張する、とする。行政庁とそれが属する行政主体との関係では、民事訴訟においては、行政庁は国を代表するが、行政訴訟においては独立して弁論を行う手続の当事者となる。また、杉村章三郎教授は、行政訴訟においては行政庁がその名において被告となることから、この場合行政庁は人格を有するといういわゆる機関人格説を主張した。さらに、佐々木惣一博士は、当事者について美濃部博士と同じような説を展開するが、実質的当事者と形式的当事者という用語を用いることに特徴がある。また、不告不理の原則を認めない点では美濃部達吉博士よりも職権主義的色彩が強い。戦前の学説は、行政訴訟訴訟を類型化せずに当事者論を展開している点でも問題があったといえる。

戦後の学説は、行政訴訟を類型化（抗告訴訟と機関訴訟の区別など）して当事者論を展開したこと、及び、二つには、抗告訴訟を民事訴訟と同じように、権利の争いであるとしたことで、戦前の学説と大きく異なる。このこととくに後者には、行政裁判所が廃止され、行政訴訟が司法裁判所で行われることになったことが大きく影響している。さらに、抗告訴訟は行政主体の処分を争う訴訟であり、また私人と国との権利の争いであり、訴訟当事者は私人と国となる、という兼子一博士や田中二郎博士の説が通説になっていく。そして、この通説を背景に、行政庁が被告となるとしても、行政庁は国の機関として訴訟の当事者となるという「機関的形式的当事者説」が主張されることになる。行政庁の定義「行政庁は国家の意思を決定表示する」からすれば、戦前の学説は、この定義を訴訟法律関係で否定するものであったが、「機関的形式的当事者説」によって行政庁の定義が抗告訴訟においても貫徹することになる。ところで、行政庁を被告とする制度の根拠についても、訴訟上の攻撃防御から行政庁が被告とする方が望ましいとする説が強くなる。

「機関的形式的当事者説」は、訴訟の被告、当事者能力に関連する個々の問題、すなわち訴訟費用（35条）、国又は公共団体に対する訴えへの変更（21条）、共同訴訟（17条）、判決の効力、拘束力（32条、33条）さらには和解などについても妥当するといえる。ただし、裁判管轄や忌避・除籍の問題は、行政庁独自に考えなければならないものである。

第二章の「プロイセンにおける行政訴訟の被告と『行政庁』概念」では、プロイセンにおける行政訴訟（行政係争手続）の被告に関する学説、判例を検討する。

最初に、学説対立の背景として、法規定と民事訴訟法理論を概観する。法規定としては、1872年のクライス条例においては、公行政庁が被告として明記されていたが、1875年の行政裁判所の組織及び行政係争手続に関する法律さらには、1883年の一般ラント行政法などには、それがなく、逆に「被告の人格」が訴状に明記されるべきという文言に変わるが、一方、訴訟費用に関する条文などでは、公行政庁を被告とみなすような規定があった。ところで、行政訴訟理論は、すでに存在していた民事訴訟理論に対立ないし依拠する形で展開する。行政訴訟理論は、当初民事訴訟理論に対立するが、徐々にそれに近づいていく。しかし、民事訴訟理論それ自体も、1898年の当事者能力に関する規定の改正により、実体法律関係と訴訟法律関係と分離するいわゆる形式的当事者論が現れる。法規定の不明確さや民事訴訟理論の変化などにより、行政訴訟理論も変わるものである。

プロイセンの学説として、最初に、19世紀後半の学説が検討される。R・v・グナリストとP・ツォルンは、行政訴訟の公益性を根拠に民事訴訟の当事者概念の適用を拒否し、行政訴訟の当事者を形式的な手続的当事者とする。E・レーニングは、グナリストらと同じように形式的当事者と解するが、原告・被告に主観的権利を認めるので、被告は国であるとする。O・マイヤーは、民事訴訟の当事者概念の行政訴訟の適用を認めるが、公権力には当事者概念が適用できないとし

て、原告を実質的当事者とするが被告の形式当事者性を認める。一方、G・イエリネックは、機関論を訴訟法律関係にも適用させ、行政訴訟においては行政庁が訴訟の主体であっても、国を実質的当事者とする。ただ、この時期の学説は訴訟法的に吟味されたものとはいえない。

次に、学説に影響を与えているプロイセン上級行政裁判所の判例を検討する。まず、プロイセン上級行政裁判所は、行政庁の控訴権が争われた事件で行政庁の当事者能力を認めて行政庁の控訴権を肯定した。次に、プロイセン上級行政裁判所は、訴訟費用の免除が争われた事件で、1879年1月15日決定に見られるように公行政庁が団体を代理して訴訟を行う場合には訴訟費用の免除は適用されず、行政庁それ自体が当事者である場合には訴訟費用の免除が適用されるとした。これらの判決は、プロイセン上級行政裁判所が行政庁それ自体を当事者として位置づけていることを意味している。

1900年代初めに、行政訴訟の当事者に関して、M・シュルツェンシュタインとJ・ポピッツとは論争を展開する。シュルツェンシュタインは、19世紀後半の学説と異なり行政訴訟を当事者訴訟と解するが、当事者に関して民事訴訟上の実質的当事者と形式的当事者の二つを区別し、行政訴訟の多くには形式当事者概念が妥当するとする。また、彼は、①国を被告とすると自己訴訟が生ずる、とか②行政裁判所が行政庁を当事者としていることを理由に、国よりも行政庁を当事者とする。これに対し、ポピッツは、同じように行政訴訟を当事者係争とするが、イエリネック流の機関論により被告を国自体であるとする。ポピッツも、当時の民事訴訟上の当事者概念に敏感で、処分を争う行政訴訟には実質的当事者概念が妥当するとする。しかし、彼は、行政訴訟が利益の対立を含まないという理由から行政訴訟の当事者を民事訴訟の当事者から区別する。また、ポピッツは、行政訴訟を、客観法が争われる訴訟とそうでない訴訟という形で区別している。

それ以後の学説は、シュルツェンシュタインやポピッツと同様に、O・マイヤーを除けば、民事訴訟理論を受け入れて行政訴訟を二当事者係争と捉えている。しかし、当事者について学説は異なる。①原告被告に処分権を認める説（F・クンチェ、J・ハチェック）、②両当事者を単なる手続上の主体として当事者に処分権を認めない説（K・フリードリヒス、D・ベルナー）、③原告だけに処分権を認める説（O・マイヤー）である。また、行政訴訟を類型化する考えもかなり一般化する。すなわち、(1)行政行為に関わる手続とその例外の手続の区別（F・クンチェ、J・ハチェック）、(2)行政庁の係争手続への関与についての類型化（K・フリードリヒス）、(3)一般の係争手続と訴訟費用の手続との区別（F・クンチェ、J・ハチェック）、(4)一般の係争手続と機関訴訟の区別（G・イエリネック）である。そして、行政係争手続の被告を国とすべきか行政庁とすべきについては、シュルツェンシュタインを支持して行政庁を被告とする者（F・クンチェ、K・フリードリヒス、J・ハチェック、D・ベルナー）、国を被告とする者（G・イエリネック、F・フライナー）、被告の存在を否定する者（O・マイヤー、W・イエリネック）に分かれる。行政庁を被

告とする者は、一般ラント行政法の規定やプロイセン上級行政裁判所の判例を根拠としていたのに対し、国を被告とする説の根拠は希薄であった。しかし、シュルツェンシュタインとポピッツの論争以後、行政手続の当事者について、民事訴訟理論の影響が顕著であるし、当事者論それ自体もかなり精密化していることは、明らかであった。

第三章の「ヴァイマル以後の行政訴訟の被告と行政庁の当事者能力について」では、ヴァイマル期、ナチス期及び西ドイツの行政訴訟の被告に関する法制度と行政庁の当事者能力に関する学説を検討する。

ヴァイマル期においては、プロイセンとバーデンでは、行政処分の取消訴訟では行政庁が被告であり、一方、バイエルン及びザクセンでは、取消訴訟と当事者訴訟があり、取消訴訟では被告が存在しないか公益代理人が被告であった。ナチス期においても、ヴァイマルと同じように基本的に被告に関する制度は分かれていた。また、行政庁が当事者であったも、これはナチス流の形式当事者と呼ぶことができる。

占領期の西ドイツにおいては、各占領地域により行政訴訟の被告に関する法制度は二つに分かれる。イギリス占領地区やラインランドプファルツでは、行政庁が被告であった。一方、バイエルンなどアメリカ占領地区では、国が被告であった。このような法制度の違いは、基本的にはヴァイマルやナチスの法制度を受け継いでいるためである。ただし、ラントの上告審である連邦裁判所は国を被告としていた。行政庁を被告とする制度について、H・クリンガーは、プロイセンの学説を引き合いに出して説明し、また、C・F・メンガーは、民事訴訟と行政訴訟の違いや権利能力と法主体性の分離ということで説明していた。

1960年の行政裁判法が制定され、ラントで分かれていた行政訴訟手続などは統一される。しかし、取消訴訟の被告については、基本的には従来の伝統を維持し二つに分かれる。すなわち、原則は国を被告とするが、「ラント法が規定する限り」という但し書きにより、行政庁を被告とする制度も認められた。ラントによる後者の立法権の行使を否定する学説もあったが、現在ザールランドなど6つのラントが後者の制度をとっている。行政庁を被告とした場合、行政庁が属する国などの権利主体との関係が問題となる。一つは、行政庁の訴訟遂行権 *Prozessführungsbefugnis* の説明についてである。これにはついては、①訴訟担当 *Prozessstandschaft* として説明する学説、②行政庁がそれが属する権利主体の権利を単に訴訟上主張すると説明する学説、③行政庁がそれ自体に帰属する権利を主張すると説明する学説の3つに分かれているが、①ないし②が通説である。また、78条が行政庁の受動的イベント適格 *passive Legitimation* を規定しているかどうか問題となる。この問題については、肯定説と否定説が対立している。

第四章の「西ドイツにおける行政訴訟の正当な被告」では、原告が行政訴訟の被告を誤った場合に対する救済などについての西ドイツの学説と判例を検討する。

西ドイツにおいては、占領期行政訴訟の被告に関するラントの法制度は、①行政庁を被告とする北ドイツの制度、と②国などの権利主体を被告とする南ドイツの制度に分かれていた。行政庁を被告とする制度については、委任行政を根拠に国を被告とする制度より優れているという学説もあったが、1958年3月23日の連邦行政裁判所判決が指摘するように、受動的事件適格 *passive Legitimation* の点では問題を含んでいた。すなわち、国を被告とする制度においては、国が行政庁によって代表されるので受動的事件適格の点では問題が無いが、行政庁を被告とする制度においては訴えを訴願制度との関係で処分庁ではなく訴願庁に対して向けなければならない事例が多いということであった。すなわち、行政庁を被告とする制度においては、原告が被告を誤る可能性があることが確認されていたのである。そのため、被告を誤った原告の救済もおおきな問題であった。

A・カマーと M・バリングは、イギリス地区の行政庁を被告とする制度について、原告が被告を誤った事件に関する救済をめぐって論争を展開した。カマーは、原告が被告を誤っても正しい被告である行政庁に変更した場合、「行政ないし国家権力の統一性」を根拠に、新しいものが何も加わらない訴えの変更と捉える。カマーは、こうした結論を①行政訴訟では、当事者が民事訴訟と異なり平等でないこと、②訴訟経済に合致すること、からも肯定している。また、こうした結論は被告を国の行政庁からゲマインデの行政庁に変更したとしても、維持される。また、カマーは、実定法を根拠に原告が被告を間違わないように、裁判官の釈明権の積極的行使を求める。これに対し、バリングは、(1)国の行政庁から国の別の行政庁に変えるのとは異なり、国の行政庁からゲマインデの行政庁へ変更するのは新訴である、(2)原告に責任がない場合を除いて、訴えの変更は出訴期間中に提起しなければならない、(3)釈明権の行使は原告の申し立てを基本とすべきである、などと指摘して、カマーに対して議論の精密化を要求する。

1960年に、行政裁判法が制定され行政裁判手続が統一されるが、同法は、取消訴訟の被告に關して原則として、国などを被告とするいわゆる権利主体性原理をとり、例外的に行政庁を被告とする制度を認めた。そして、国などを被告とするとしても「被告である団体の表示は当該行政庁を示せばたりる」という文言を挿入した。この文言は、原告の救済を意図して導入されたものである。また、連邦行政裁判所の判決によれば、この規定や訴状の形式的記載事項に関する 82 条 2 項と釈明義務に関する 86 条 3 項により、今後原告が被告を誤ったとしても実際的には不利益を受けないことになった。

ところで、行政裁判法 61 条 3 号によりラント法が行政庁の関係人能力を認めた場合、行政庁は原告あるいは訴訟参加人となることができるのか、という問題がある。これに対しては、消極説が通説、判例である。また、ラント法が 78 条 1 項 1 号により被告を行政庁と規定した場合に、連邦行政庁及び他のラントの行政庁にそれが及ぶかどうかとも問題となる。及ばないとするのが、

通説、判例である。

既に述べたように、行政裁判法が制定された後、被告の特定に関する原告の負担はほとんどなくなったといえる。しかし、問題がなくなった訳ではない。ハンス・O・フライタークは、補助金行政においては、その補助金交付の決定権限が組織法によって委任あるいは再委任されることがあり、この場合補助金を求めて「義務づけ訴訟」を提起することが困難となるとする。そして、フライタークは、補助金の交付について決定権限の教示の重要性を示唆するとともに、義務づけ訴訟については、裁判官の釈明権の積極的行使を主張している。また、被告について体系的な論文を書いたD・エーラーズも、フライタークの指摘した事例には応えていないが、裁判官の釈明権の積極的行使を主張している。とくに、弁護士代理訴訟にも、釈明権の積極的行使を求めているの。

第五章の「抗告訴訟における正当な被告と訴状の訂正、被告の変更、釈明」では、わが国の抗告訴訟とくに取消訴訟の判例から原告が抗告訴訟の被告を誤る事例を類型化し、そして、誤った場合の救済方法としての訴状の訂正、被告の変更と釈明についてわが国の学説と判例を検討する。

取消訴訟の被告適格が問題となった事例は、①行政訴訟法上の行政庁と行政組織法上の行政庁が一致しないという問題で議論されているもの、②訴えが無名抗告訴訟なのか当事者訴訟なのか定かでなく、被告を行政庁とすべきか国などの権利主体とすべきか定かでないもの、③処分権限を行使する行政庁が実定法上不明確であるという問題で議論されているもの、の3つに分かれる。①の点では、行政組織法上の行政庁とは、(1)行政主体の、(2)意思を決定、表示する、(3)行政機関の三つの要素に分解できるが、(1)については私人や弁護士会などの公的団体も被告適格を認められてきたし、(3)の行政機関については、行政主体自体の被告適格も認められてきている。

次に、③の処分権限が不明確であることに関わるが、原告が被告を誤った事例を類型化する。これもほぼ三つ要因に分けることができる。(a)原告の思い込みや固執による誤り、(b)関係機関の誤った対応による誤り、(c)実定法の構造など客観的な理由による誤り、である。ただし、個々の事例では、この中の二つないし三つ要因が重なる場合もある。問題は、(c)の事例である。これも、以下の5つに分けることができる。(f)作用法上(法律)での処分権限の帰属が不明確な場合、(g)一つの処分に複数の機関が関わり、被告がどの機関であるのか不明確な場合、(h)法律上の処分権限が条例や規則で委任又は再委任され、処分権限の所在が不明確な場合、(e)行政処分を変更する裁決に対する抗告訴訟の被告適格、(d)処分権限の承継が複雑な場合、である。

原告が被告を誤る事例の中の、原告の思い込みなど主観的な要因による誤りや客観的な要因による一部の事例については、判例が集積することにより、被告を誤る事例がなくなることは事実である。しかし、客観的な要因による事例の中の、委任や承継の事例などについては、判例が集積しても根本的な解決は困難である。また、判例のフォローに時間をかけることが正しいともい

えない。

そこで、原告が被告を誤った場合の救済が問題となる。取消訴訟の場合、出訴期間の制約という問題があるので、その制約をクリアーする方法がなければ不都合となる。そこで、訴状の訂正、行政訴訟法上の「被告の変更」や裁判官の釈明という方法について検討する。

原告側が被告の誤りに気づくことは少ないので、被告または裁判官の側がその誤りを指摘することが考えられる。被告が原告の誤りを指摘する慣行があるとする文書もあるが、被告を誤ったという理由で訴えが却下されることからこの慣行の存在は否定せざるをえない。ところで、原告が被告を変更する方法として、表示の訂正と被告の変更の二つが考えられる。

民事訴訟理論によれば、当事者が確定されることを基準に、確定前では表示の訂正が許されるが、確定後ではそれが許されず被告の変更という方法をとることになる。当事者の確定については、民事訴訟理論によれば、①訴えの提起をベースにして確定を考える立場、と②訴訟手続中で、当事者の確定が必要になったときに考える立場の二つを区別できる。前者にも、意思説、行動説、表示説があり、後者にも適格説、併用説などがあるが、表示説その中の実質的表示説が通説である。行政訴訟理論にも民事訴訟理論が浸透しており、実質的表示説が通説である。すなわち、訴状に被告として「国税局」と表示されていても、訴状全体から「国税局長」に対する訴えであると認められるときは、「国税局長」へ訂正することが許されるのである。

しかし、行政訴訟における通説である実質的表示説に対しては、以下の問題提起が可能である。一つは、依拠した民事訴訟理論が旧いのではないかということである。要するに、民事訴訟理論の中で、最近主張されている紛争主体特定責任説や規範分類説によれば、相手方の対応や新当事者の訴訟追行権の保障などを基準にして、表示の訂正を認めようとしているのである。もう一つは、民事訴訟と取消訴訟との違いを認めて議論すべきであるということである。民事訴訟では、新被告と旧被告は利害を異にするが、取消訴訟では、例えば旧被告国と新被告厚生大臣では利害の対立はないのである。また、訴訟追行の点でも、担当部局と訟務検事が訴訟を一緒にやっており、訟務制度があることから、継続性がほぼ認められるのである。したがって、広く表示の訂正を認める余地があるといえる。

次に、被告の変更という方法であるが、その要件として、①取消訴訟の継続、②被告を誤ったこと、③原告に故意または重大な過失がないこと、の3つないし④原告の申立てを加えた4つが指摘されているが、問題は、③の要件である。この要件について、原告側の行為に重点が置かれて認定されているという問題がある。すなわち、被告の対応とくに裁判手続における告知などを斟酌して認定すべきである。また、そもそも被告の変更を認める法理とそれを制約する法理を確認して要件を認定すべきである。制約する法理は、新被告の裁判を受ける権利をどのように保障するのか、という問題である。行政事件の場合、主観的予備的請求の議論に見られるように、旧

被告国と新被告その機関との間には一体性があり、新被告の裁判を受ける権利は保障されるのである。これは、訟務制度によっても保障されている。

裁判官の釈明権の行使も問題となる。とくに、表示の訂正や訴えの変更を促す積極的釈明が抗告訴訟でも認められるかどうか問題となる。民事訴訟でも、積極的釈明を認める学説は有力である。抗告訴訟では、原告と被告が対等でないこと、とくに被告が圧倒的に優位であることから、認めるべきである。釈明に関する判例をみると、原告の訴状を善解した事例もあるが、これは少なくしかも古い。

原告が被告を誤ることを防ぐには、最終的には立法の整備が必要と思う。各行政実体法を改正して被告を明らかにする方法と、行政事件訴訟法を改正して、原告が被告を誤った場合に備えるという方法があるが、誤る場合が予想できないため、後者の方が望ましいと思われる。具体的には、①被告が不明なとき、原告が被告の教示を求めることができること、②裁判所の正しい被告に関する釈明義務の明記、③訴状、申立てについての善解義務、などを行政事件訴訟法に規定することが求められる。